

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN- El fondo privado quien indujo en error al afiliado debe asumir las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia declarada al no cumplir con las obligaciones de información y buen consejo, de lo que se colige entonces que, le asiste obligación a dicho fondo de pensiones de devolver al RPM todos los aportes descontados al afiliado./

HECHOS:La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora. La Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda declarando la ineficacia de la afiliación efectuada en el año 1997 por la señora MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y los subsiguientes traslados entre administradoras de fondo de pensiones y cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR y SKANDIA S.A. Por tanto el problema jurídico se centra en establecer si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

TESIS:Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.(...)Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.(...)Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.(...)En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.(...) Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del

régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.(...)Para la Sala el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría y acompañamiento, no es de recibo para esta Sala.(...)Así las cosas, este colegiado recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación o traslado ausentes de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.(...)Así las cosas, y de acuerdo a las razones expuestas, sí es procedente retrotraer la situación respecto de los gastos de administración, como efecto de la ineficacia, pues las consecuencias recaen en el responsable de las falencias presentadas en el contrato de afiliación, sin que ello represente que terceros ajenos a esa relación inicial resulten afectados, lo que además se amerita para enjugar de mejor manera, las afectaciones que se generan sobre el pasivo pensional que debe asumir la administradora pública de pensiones con estos traslados.(...)A modo de conclusión, para esta magistratura es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: i) La cuenta de ahorro individual. ii) Los rendimientos financieros o frutos e intereses. iii) Los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: "... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.", iv) y, finalmente los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

MP:MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 16/09/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES
DEMANDADOS	PORVENIR – PROTECCIÓN- SKANDIA - COLPENSIONES
VINCULADA	MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00188-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional-
DECISIÓN	Adiciona, Revoca, Confirma

Medellín, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA, y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA**, y se llamó en garantía a **MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 035**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por **PROTECCIÓN - PORVENIR – SKANDIA y COLPENSIONES**, contra la sentencia que profirió el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en la audiencia pública celebrada el día 04 de julio de 2024; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES nació el 10 de noviembre de 1960, por lo que en la actualidad cuenta con 60 años. Que inicialmente hizo cotizaciones en el RPM desde junio de 1989 hasta agosto de 1997, año en el que se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN, luego se pasó a PORVENIR y finalmente se trasladó a la AFP SKANDIA, entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

En punto de las circunstancias del traslado de régimen pensional señaló que a la demandante no se le explicó sobre las características de ambos regímenes pensionales, ni la AFP cumplió con su deber de realizar un estudio de rentabilidad, ni una proyección de pensión tanto en el RPM como en el RAIS que le hubiese permitido a la actora evidenciar que le resultaba más beneficioso quedarse en el RPM.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 7) del expediente digital), aceptó como cierto la edad de la demandante. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción y propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS, PRESCRIPCION Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR EN COSTAS, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN”*

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda según el escrito que obra en el PDF 09, y señaló que no es cierto que el fondo de pensiones no haya asesorado debidamente a la demandante al momento del traslado al RAIS, toda vez que, los asesores son permanentemente capacitados a fin de que, al momento de la afiliación, puedan suministrar una información clara, cierta y veraz y se le comunicó sobre los efectos y consecuencias del traslado de régimen. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó como excepciones perentorias: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE”*

PORVENIR S.A., también contestó la demanda según escrito visible en el PDF 8, expresando que la actora se trasladó a dicho fondo de pensiones en el año 2002, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS. La entidad se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de fondo las siguientes: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN”*

SKANDIA S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 04 del expediente digital. Indicó que, la AFP informó de manera clara, veraz, objetiva y oportuna a la demandante sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM), conforme a la normatividad vigente para la fecha. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* La entidad igualmente **llamó en garantía** a MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., al contestar el llamamiento, de acuerdo al escrito que milita en el PDF 16, dijo que la entidad de buena fe, expidió las pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que amparaban los riesgos de invalidez y muerte por evento común de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias de SKANDIA. La entidad se opuso al llamamiento

y planteó las siguientes excepciones de fondo: *“INEXISTENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA LLAMANTE EN GARANTIA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO Y OBLIGATORIO, EL JUEZ EN SUS DECISIONES DEBE RESPETAR EL IMPERIO DE LA LEY, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES OPONIBLE AL ASEGURADO QUIEN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLO, EL CONTRATO DE AFILIACION DEL DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, LA PRETENDIDA DEVOLUCION DE TODO NO PUEDE COMPRENDER EL IMPORTE DE LAS PRIMAS DEVENGADAS, MI REPRESENTADA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR UNA CARGA QUE CONSTITUYA UN GRAVAMEN EXCEPCIONAL, CONVALIDACION DEL ACTO, VALIDEZ, CUMPLIMIENTO Y AGOTAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO, PRIMA DEVENGADA, RESPONSABILIDAD DE COLFONDOS S.A., INOPONIBILIDAD DE LA INEFICACIA DEMANDADA, PAGOS, COMPENSACIONES Y RESTITUCIONES MUTUAS, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 04 de julio de 2024, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda declarando la ineficacia de la afiliación efectuada en el año 1997 por la señora MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y los subsiguientes traslados entre administradoras de fondo de pensiones y cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR y SKANDIA S.A.

Condenó a **SKANDIA S.A.**, a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, monto que deberá pagarse indexado. debidamente indexados a la fecha de pago. Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

Ordenó a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y

los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago.

Condenó a COLPENSIONES, a realizar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir la devolución de los dineros ordenados en esta sentencia.

Declaró probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN formulada por MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Y, se condenó en COSTAS a PROTECCIÓN S.A, en favor de la demandante. Se fijan agencias en derecho, en cuantía de 2 Salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha en que se efectúe la liquidación de costas por secretaría y a SKANDIA S.A., por el mismo valor y en favor de la llamada en garantía, MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S A.

La A quo en la sentencia centró la Litis respecto de la solicitud de declaratoria de la ineficacia, y para ello desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, insistió sobre la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Apelación de la AFP PROTECCIÓN

El apoderado judicial manifestó que, recurre parcialmente la sentencia en lo que corresponde a los conceptos que se le ordenó al fondo retornar a Colpensiones, por cuanto se trata de gastos de administración que se encuentran causados durante la administración que realizó la entidad y los descuentos se realizaron conforme a la ley, y actualmente la AFP no cuenta con esos recursos, por cuanto en el año 2002 trasladó a otro fondo, la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros de la demandante, por tanto, la orden de retornar los gastos de administración y los seguros previsionales se constituye en un enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido a favor de Colpensiones, por cuanto esos conceptos no financian la pensión de vejez de la demandante, ya

que el 3% no ingresa nunca a la cuenta de ahorro individual de ningún afiliado y tampoco hace parte del fondo común que administra Colpensiones y además estaría recibiendo un capital que no administró y el fondo inclusive tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua. Que las primas de seguros previsionales se giraron mes a mes para amparar el riesgo de invalidez y muerte, y, por tanto, se debe revocar la sentencia de primera instancia que ordenó trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y los seguros previsionales indexados, en consonancia con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 107 del 2024.

Apelación de la AFP PORVENIR

Sostuvo el apoderado judicial que recurre el numeral tercero de la sentencia, en la medida que la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 del 2024, es enfática en señalar que las cuotas de administración y las primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, no son susceptibles de devolución o traslado y que los valores que se deben retornar son únicamente, la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el bono pensional si se hubiese pagado, sin que pueda el juez apartarse del precedente Constitucional, pues se afectaría la sostenibilidad financiera. Reiteró que, ningún otro valor está destinado a financiar la pensión del afiliado, y de aplicarse la orden emitida por la A quo, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones quien no ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, resaltando que, ordenar devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales es como decirle a una aseguradora que, si no se causa el siniestro amparado, se devuelva el valor de la póliza.

Apelación de la SKANDIA

Manifestó el apoderado judicial que, recurre de manera total la sentencia, arguyendo que no se configuran elementos facticos, ni jurídicos para la declaratoria de la ineficacia, pues de las pruebas documentales y del interrogatorio de parte se advierte que fue una decisión libre y voluntaria la que dio lugar a que la demandante se trasladara de régimen pensional, a través de la AFP PROTECCIÓN en el año 1997, y no puede entenderse que los fondos privados hayan coaccionado la libre escogencia de régimen pensional que acaecía para la demandante en su traslado inicial y en los traslados horizontales, pues siempre tuvo el acompañamiento de unos asesores.

Refirió además que, con el interrogatorio de parte se logra desvirtuar la afirmación indefinida que realiza la demandante en la demanda, en el sentido de que no recibió información por parte de los fondos privados, pues la actora indicó que no recordaba ninguna circunstancia relativa al traslado y la información que se le pudo suministrar, y atendiendo a lo dispuesto por la Corte en la sentencia SU 107 del 2024, corresponde también a la parte arrimar al proceso cualquier prueba sumaria en punto de la información que se le brindó, por tanto en el caso en concreto, no se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba.

En hilo de lo anterior expuso que, hasta el año 2016 la Superintendencia Financiera, empezó a exigir a los fondos el formulario de afiliación por lo cual en el fallo se aplicaron normas retroactivas. Que en la misma línea la parte activa alega como falta del deber de información que al momento del traslado no se le brindó una proyección pensional y que actualmente, no se compadece el monto de la prestación económica esperada por la demandante, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ, el incumplimiento de la expectativa económica no puede ser una razón suficiencia para que se declare la ineficacia, por cuanto al momento del traslado no existía la obligación de informar por escrito el monto de la prestación económica y en el RAIS no se tiene los mismos montos de prestación que en el RPM, pues son regímenes excluyentes entre sí.

Dijo además que, la demandante fue descuidada en el negocio, no se preocupó por su situación pensional, no se acercó a las oficinas, ni tenía contacto telefónico con los asesores del fondo, por lo cual, la actora pretende beneficiarse de su propia culpa y pasar por encima de la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional para poder estar en el RPM, y ostentar una pensión más alta.

Comentó que, en la sentencia SU 107 del 2024, se modula el tema de la ineficacia y en estos casos se está afectando la sostenibilidad financiera que rodea el sistema general de pensiones, y con el fallo, se desconoce el principio de congruencia y seguridad jurídica. Que, en ese sentido y en el evento de confirmarse la ineficacia, pide que se revoque la condena a trasladar con cargo a su propios recursos y de manera indexada, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, como lo dispuso la Corte, dado que en estos casos solo se debe condenar al fondo privado a retornar los aportes, rendimientos y bono pensional, sin incluir los conceptos antes señalados, por cuanto dichos rubros ya tuvieron una destinación específica y se constituyen en hechos consolidados. Los gastos de administración, se utilizaron para generar rendimientos, los seguros previsionales se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia y

los aportes a garantía de pensión mínima, es para la garantía de la pensión que trae el artículo 65 de la ley 100 de 1993.

De otro lado, solicitó la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía frente a la aseguradora MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S A., por cuanto la AFP pagó las sumas previsionales para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, y con la declaratoria de ineficacia, se pierde un elemento esencial del contrato que es el interés asegurable y entonces se deben volver las cosas a su estado anterior, por lo que la aseguradora debería restituir dichas sumas a Colpensiones y que bajo ese orden de ideas, se debe revocar la condena en costas procesales que se impuso en el llamamiento en garantía, ante la prosperidad de las suplicas expuestas.

Apelación COLPENSIONES

El apoderado judicial recurrió la declaratoria de ineficacia del traslado, expresando que, en este caso existían razones fácticas y jurídicas para no acceder a las pretensiones de la demandante, pues aquella se afilió al RAIS y realizó traslados horizontales y bajo ese entendido tenía la voluntad no solo de afiliarse, sino también de permanecer en el fondo privado y aceptó las condiciones de ese régimen y lo que se evidencia es una inconformidad con el valor de la mesada pensional y por eso ahora la demandante alega una falta de información, sin embargo, le incumbía a la parte, demostrar los hechos en que fundamenta su demanda. Que, si bien es cierto que existe la carga dinámica de la prueba, ello no significa que la parte tomara una actitud pasiva en el debate probatorio, resaltando además que, la actora actualmente cuenta actualmente con 63 años de edad, por tanto, su situación jurídica se encuentra consolidada en el RAIS. En último lugar pidió que, en el evento de confirmarse la sentencia de primer grado, se ordene el traslado de todos los conceptos a Colpensiones, sin ningún tipo de descuento y debidamente indexados.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** al presentar su escrito de alegatos de conclusión indicó que no son de recibo las consideraciones del juez de primera instancia por cuanto para la fecha de presentación de la demanda, la actora contaba con 61 años de edad, situación que la deja inmersa dentro de la prohibición legal de traslado consagrada en la ley. Pidió igualmente que, en el evento en que se confirme la sentencia de primera instancia, se ordene a los fondos privados trasladar todos los conceptos a la entidad.

Por su parte, el apoderado judicial de **PORVENIR**, reiteró los argumentos esbozados en su recurso de alzada, solicitando en esta oportunidad que se revoque en su integridad la sentencia.

De otro lado, el apoderado judicial de **SKANDIA**, insistió en los argumentos para derruir la ineficacia declarada, solicitó que se revoque la condena relativa a devolver a Colpensiones los gastos de administración, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio e indexados, y que, además, se acojan las suplicas del llamamiento en garantía y en consecuencia se revoque la condena en costas procesales.

Al doctor JUAN FERNANDO ARBELAEZ VILLADA, portador de la T.P. 81.870, se le reconoce personería para representar a la llamante en garantía. El apoderado judicial de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, dijo que replica los argumentos de defensa expuestos en sede de primera instancia en lo atinente a lo probado y decantado en el proceso con el fin de que se ratifique la decisión de la A-quo.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. –

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por las **AFP PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLPENSIONES**, en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta, relacionada con la declarada ineficacia del traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un

formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

Cabe advertir que la Corte Constitucional en la sentencia SU 107 de 2024, al estudiar en sede de revisión 25 acciones de tutela, dispuso modular el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en los procesos ordinarios en los cuales se discute la ineficacia del traslado de afiliados del RPM al RAIS debido a problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009. Para tal fin, ordenó que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deben tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso que se refieren al debido proceso.

La Corte Constitucional hizo énfasis en que la inversión de la carga de la prueba no puede ser la primera o la única opción de la que puede hacer uso el juez, pues es necesario que se haga uso de las herramientas que conforme a las reglas del debido proceso ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP.

Resalta la Sala que, cuando el afiliado(a) manifiesta la falta de asesoría debida por parte de la AFP, previo el traslado de régimen, se está ante una negación indefinida, que materialmente no es posible demostrarla por la parte que lo invoca y, por ello, nuestro ordenamiento jurídico procesal establece que los hechos notorios, y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Inciso final del artículo 167 del CGP) Le corresponderá entonces a la contraparte demostrar que suministró la asesoría en forma correcta, siendo esta la que se

encuentra en posición de hacerlo; lo anterior, claro está, sin perjuicio del análisis y valoración de las pruebas allegadas al proceso, como insiste la Corte Constitucional en la sentencia en cita en la que señala, además, que el juez debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios, indicando que, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir, puede:

(i) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones.

(ii) Procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas acudiendo a las enlistadas en el Código General del Proceso, tales como “(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes”, y las demás que considere necesarias, pertinentes y conducentes.

(iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.

(iv) Acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP;

(v) Invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar sus dichos, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos officiosos.

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la demandante MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES, se afilió inicialmente en el régimen de prima media a través de su empleador Superintendencia de Sociedades desde el año 1989 a 1992. (véase certificación que obra a pdf 2 folio 133), y luego se trasladó al RAIS a través de la

AFP PROTECCIÓN, y más tarde hizo traslados horizontales a PORVENIR y SKANDIA, entidad en donde se encuentra afiliada actualmente.

Revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCIÓN- PORVENIR -SKANDIA) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), **es claro que la firma del formulario de afiliación** no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *"buen consejo"*.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda

decirse que se estén haciendo **retroactivas obligaciones** que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Resalta además este colegiado que, los fondos privados reconocen que el único medio probatorio con que cuentan para demostrar que cumplieron con su deber de información es el formulario de vinculación, el cual a juicio de esta magistratura contiene una información general de datos del afiliado y no acredita la obligación de la AFP de entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado a elegir «libre voluntariamente» lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Para la Sala el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea. Ahora, nótese cómo en este caso no se ha declarado la ineficacia de traslado de régimen porque el formulario de afiliación no sea un documento auténtico, ya que la discusión jurídica se dio en términos de ineficacia, por falta de asesoría, más que en términos de validez del formulario. No se trata de desconocer el valor probatorio que el referido documento pueda tener, el cual es incontrastable en el marco de lo que representa, pero de ahí a que se tenga como indicativo de que haya existido asesoría y acompañamiento, no es de recibo para esta Sala.

Ahora bien, sostienen los apoderados de la AFP SKANDIA y COLPENSIONES, que, el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria y sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

En punto de la prueba por interrogatorio de parte, la demandante, dio a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su traslado a saber: (pdf 34 minuto 15:00)

“Yo presento esta demanda porque me informaron que puede tener un mejor aporte económico, actualmente laboro en la Superintendencia de Sociedades no estoy pensionada. No recuerdo a cuál fondo me trasladé inicialmente, nosotros

teníamos en la Superintendencia una caja de pensiones y cuando se termina esa caja, hicieron una feria donde laboraba y llegaron los fondos de pensiones y nos informaron que el Seguro Social lo iban a liquidar y nos decían que lo mejor era pasarnos al fondo de pensiones. No recuerdo mucho, pero la información fue muy general, que el seguro se iba a acabar, no hablaron de beneficios sino de que era mejor, ellos eran muy generales, firmé de manera libre el formulario porque ellos me dijeron que era lo mejor”

De acuerdo a lo expuesto, valorada la prueba en su conjunto, a juicio de esta magistratura el traslado de régimen pensional que realizó la actora al RAIS es ineficaz. La declaración de la actora lo que demuestra es que el fondo de pensiones no cumplió con su obligación de suministrar a la afiliada un asesoramiento idóneo y profesional que la ilustrara sobre las características de ambos regímenes pensionales, circunstancia esta que se insiste no consta cumplida por parte de la AFP PROTECCIÓN (fondo inicial), de lo que se colige que la afiliación y/o traslado que hizo la demandante MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES al RAIS no estuvo precedida de una debida información.

En el caso en concreto, si bien se corrobora que la demandante ha permanecido en el RAIS desde el año 1997 a la actualidad, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley la afiliada estaba obligada a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este asunto, la AFP no logró demostrar el deber de información, se repite, para la fecha de su afiliación inicial.

En lo concerniente al señalamiento SKANDIA y COLPENSIONES de respecto a que en el trámite del proceso quedó probado que a la actora la motiva un inconformismo con su expectativa pensional, esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta lo dicho por aquella en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que la solicitud se hace sólo por las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

Así las cosas, este colegiado recalca la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la ineficacia se presenta en el momento de la afiliación o traslado ausentes de información, esto es, no nace a la vida jurídica, sin que importen las conductas posteriores, ya que el acto no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación y/o traslado a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo por la competencia que en Grado Jurisdiccional de Consulta dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante, y que es objeto de cuestionamiento por los apoderados judicial de **PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLPENSIONES** en sus recursos de alzada.

Los apoderados de las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA expresaron al unísono que, los gastos de administración, tienen por mandato una destinación específica y que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada, que los seguros previsionales fueron pagados a terceros quienes y los aportes de garantía de pensión mínima, es para la garantía de la pensión que trae el artículo 65 de la ley 100 de 1993, con base en lo anterior, solicitan que se de aplicación a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia **SU 107 del 2024** y que en consecuencia, se revoque la orden de retornar dichos conceptos a Colpensiones con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados.

De modo que, pasa esta Sala a pronunciarse sobre el tema de las devoluciones económicas, advirtiéndose que, mediante la sentencia **SU 107 del 2024**, la Corte Constitucional señaló que tan solo es susceptible trasladar el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado, indicándose específicamente que:

“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones

que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.

(...)

*Por las razones expuestas en esta providencia, se advierte que la restitución que dispone la Corte Suprema de Justicia es sumamente compleja. Al tiempo, **no podría ordenarse, por ejemplo, a las aseguradoras que han recibido la prima con el objeto de cubrir pensiones de invalidez o de sobrevivientes, restituir esos dineros.** Esto último porque en la inmensa mayoría de casos, aquellas no han hecho parte del proceso judicial que declara la ineficacia del traslado y, por tanto, dicha declaratoria les es inoponible”.*

En este aspecto, existe una disparidad de criterios entre ambas Cortes. De un lado, la Corte Constitucional sostiene que no se deben devolver las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima combinada o indexada; por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que se deben devolver todos los conceptos debidamente indexados.

Esta Sala del Tribunal respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, para en su lugar seguir acogiendo el criterio del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPMPD.

En sentencia reciente, proferida por la Corte Suprema de Justicia, esto es, SL 370 de 2024 del 6 de marzo de 2024, señaló lo siguiente: *“el efecto de la multicitada declaratoria es que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido; de allí, la subsecuente orden de reintegrar a Colpensiones **todos los recursos**, para el reconocimiento de la pensión conforme a las reglas del régimen de prima media con prestación definida”*

Para esta Sala es claro que fue justamente el fondo privado quien indujo en error al afiliado (a), y por tanto debe asumir las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia declarada al no cumplir con las obligaciones de información y buen consejo, de lo que se colige entonces que, le asiste obligación a dicho fondo de pensiones de devolver al RPM todos los aportes descontados al afiliado.

Lo anterior, encuentra igualmente fundamento en lo previsto en el **artículo 10 del Decreto 720 de 1994**, según el cual determina que las infracciones u

omisiones que perjudiquen a los afiliados serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones, veamos:

“Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.

Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administrador del sistema general de pensiones.”

Así pues, que, para esta magistratura al afiliado (a), se le debe garantizar la integridad de la cotización sin descuento alguno, por tanto, se insiste, que es necesario que se ordene a los fondos privados a trasladar todos los aportes a Colpensiones, ya que será esta última entidad quién reciba la afiliación del asegurado y para todos los efectos legales lo tenga afiliado al fondo público sin solución de continuidad, y para que además, todos los conceptos se vean reflejados en la historia laboral, y pueden repercutir en la conformación de un eventual derecho pensional.

Ahora, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar **los gastos de administración** y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por el fondo, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Tampoco le asiste razón al apoderado judicial apelante, en el sentido que la orden de devolución y traslado de los descuentos esté generando un **enriquecimiento sin causa** en favor de COLPENSIONES, ya que, precisamente

los referidos descuentos existan en ambos regímenes, lo que se constituye en una razón de peso para que se entienda que la administradora del régimen de prima media con prestación definida no pueda perder la posibilidad de hacer dichos descuentos.

Por otra parte, y en punto de los **riesgos de invalidez y sobrevivencia**, esta Sala aplica los anteriores argumentos para destacar que la decisión que se está adoptando no afecta el hecho de la buena fe de las aseguradoras, en este caso de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A**, llamada en garantía por parte de **SKANDIA**, como quiera que las órdenes que se están dando no se hacen extensivas a ellas, por lo que resulta irrelevante que haya percibido la actora la respectiva cobertura, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que los fondos privados asuman las consecuencias económicas de sus omisiones, **de sus propios patrimonios**. De acuerdo a lo expuesto, no se acoge la súplica del apoderado de SKANDIA en cuanto al llamamiento en garantía y, en consecuencia, se mantendrá la condena en costas procesales a dicho fondo y a favor de la aseguradora, a la luz de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En lo que concierne a los **aportes al fondo de garantía de pensión mínima**, que son justamente cuestionados en la apelación, debe decirse que se tratan de aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, y al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016¹, con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media. En armonía con lo indicado, se acogerá la solicitud de los apoderados de PROTECCIÓN y PORVENIR, en el sentido de que se revoque la orden de trasladar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que dichas AFP no son el fondo en donde **actualmente se encuentra afiliada la demandante, sino que lo es SKANDIA**.

Con respecto a la **indexación**, que es también objeto de apelación, debe decirse que esta Colegiatura, acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021. Lo anterior, debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del

¹Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).* (subraya y negrilla a propósito)

Así las cosas, y de acuerdo a las razones expuestas, sí es procedente retrotraer la situación respecto de los gastos de administración, como efecto de la ineficacia, pues las consecuencias recaen en el responsable de las falencias presentadas en el contrato de afiliación, sin que ello represente que terceros ajenos a esa relación inicial resulten afectados, lo que además se amerita para enjugar de mejor manera, las afectaciones que se generan sobre el pasivo pensional que debe asumir la administradora pública de pensiones con estos traslados.

A modo de conclusión, para esta magistratura es indispensable que la AFP traslade a Colpensiones en los eventos que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, los siguientes conceptos: **i)** La cuenta de ahorro individual. **ii)** Los rendimientos financieros o frutos e intereses. **iii)** Los gastos de administración, que encuentran su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafín**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, **iv)** y, finalmente los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que este colegiado advierte que se hace necesario adicionar la sentencia de primera instancia.

De acuerdo a lo anterior, se **ADICIONARÁ** los **numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de ORDENAR que las AFP PROTECCIÓN,

PORVENIR y SKANDIA trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto solo por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

De otro lado, se acogerá la solicitud de los apoderado de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, y en consecuencia, se **REVOCARÁ** parcialmente el **numeral tercero** de la sentencia, que ordenó a PROTECCIÓN y PORVENIR a trasladar a Colpensiones los aportes de fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado, pues esta obligación debe ser únicamente ordenada al **último fondo** donde se encuentra afiliada la demandante, que en este caso corresponde a la AFP SKANDIA, en acatamiento de lo dispuesto en la normativa que viene de citarse y como se explicó en líneas anteriores.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las **AFP PROTECCIÓN, PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada (Numeral 1º del Artículo 365 del CGP), dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, en favor de la actora **MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES**, la suma de \$400.000, que deben pagar cada una de las entidades apelantes a la demandante.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR, los **numerales segundo y tercero** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA trasladen a COLPENSIONES, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente indexada y con cargo a su propio patrimonio, advirtiendo que se deberá retornar dicho concepto solo por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

REVOCAR parcialmente el citado numeral tercero, en cuanto ordenó a las **AFP PROTECCIÓN y PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES los aportes de

fondos de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado, según a lo indicado en la parte considerativa.

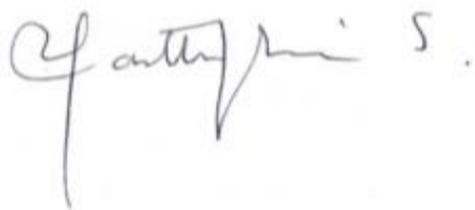
SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: Costas procesales en esta instancia, a cargo de **PROTECCION, PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES**, dentro de las cuales se fijan, como agencias en derecho, en favor de la actora **MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES**, la suma de \$400.000, que pagará cada una de las entidades apelantes a la demandante.

CUARTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARÍA DEL TRÁNSITO FORERO TORRES
DEMANDADOS	PORVENIR – PROTECCIÓN- SKANDIA - COLPENSIONES
VINCULADA	MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00188-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional-
DECISIÓN	Adiciona, Revoca, Confirma

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **23 de septiembre de 2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario